

Sygn. akt: KIO 1917/13

WYROK

z dnia 28 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo
Małgorzata Rakowska
Ewa Rzońca**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 sierpnia 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę

PROMETGAS.PL Sp. z o.o. ul. Muchoborska 18, 54-424 Wrocław

w postępowaniu prowadzonym przez

Południowy Koncern Węglowy S.A. ul. Grunwaldzka 37, 43-600 Jaworzno

przy udziale wykonawców:

A. „AZIS” – Mining Service Sp. z o.o. ul. Rybnicka 6, 44-335 Jastrzębie Zdrój,

B. K..... PI..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą K.....

P..... ul. Mikołowska 20, 51-515 Wrocław

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża PROMETGAS.PL Sp. z o.o. ul. Muchoborska 18, 54-424 Wrocław i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez**

PROMETGAS.PL Sp. z o.o. ul. Muchoborska 18, 54-424 Wrocław tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od PROMETGAS.PL Sp. z o.o. ul. Muchoborska 18, 54-424 Wrocław na rzecz Południowego Koncernu Węglowego S.A. ul. Grunwaldzka 37, 43-600 Jaworzno kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

.....

.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Południowy Koncern Węglowy S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę i montaż urządzenia do pozyskiwania azotu z powietrza atmosferycznego dla zwalczania zagrożenia pożarowego i wybuchowego w rejonach ścian wydobywczych dla Południowego Koncernu Węglowego S.A. – Zakład Górniczy Janina w Libiążu” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 24 maja 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 099-169912. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W wymaganym terminie zostały złożone trzy oferty. Zamawiający nie wykluczył żadnego wykonawcy ani nie odrzucił żadnej oferty oraz zapowiedział przeprowadzenie aukcji elektronicznej.

8 sierpnia 2013 r. odwołujący – Prometgas.PL Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 [3] poprzez zaniechanie wykluczenia K..... P..... z postępowania z uwagi na przedstawienie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania w zakresie wykonania dostaw bezpośrednio do podziemnego zakładu górniczego wydobywającego węgiel kamienny,

2. art. 87 ust. 1 poprzez zaniechanie wezwania K..... P..... do złożenia wyjaśnień w zakresie możliwości zaoferowania przez tego wykonawcę prototypu, co w przypadku potwierdzenia wiązałoby się z faktem, że złożona oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

3. art. 26 ust. 3 i 4 poprzez zaniechanie wezwania K..... P..... do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 26 ust. 4 i ewentualnie wezwania do uzupełnienia wykazu dostaw i/lub referencji, bowiem załączone dokumenty mające potwierdzać posiadanie wiedzy i doświadczenia są niespójne i nie potwierdzają, że K..... P..... posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie,

4. art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania K..... P..... do złożenia prawidłowych dokumentów stanowiących zobowiązanie do udostępnienia potencjału,

5. art. 91b ust. 1 poprzez dokonanie czynności zaproszenia do aukcji K..... P..... w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

6. art. 7 ust. 1 poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

7. z ostrożności – art. 26 ust. 3 i 4 poprzez zaniechanie wezwania K..... P..... do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków ubiegania się o zamówienie w zakresie wiedzy i doświadczenia, ewentualnie do złożenia wyjaśnień, bowiem wykaz załączony do oferty K..... P..... oraz dokumenty do niego dołączone nie potwierdzają, że wykonawca ten posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,

2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny złożonych wniosków o dopuszczenie,

3. unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej, czynności jej wyznaczenia przez zamawiającego wobec niespełnienia przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych przesłanek ich dokonania,

4. nakazanie zamawiającemu ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert i:

4.1. wykluczenie K..... P..... i odrzucenie jego oferty z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,

4.2. wezwanie do złożenia wyjaśnień K..... P....., czy zaoferowany przedmiot dostawy nie jest prototypem,

4.3. wezwanie do wyjaśnienia oraz uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia,

4.4. wezwanie do uzupełnienia ofert o prawidłowe dokumenty w zakresie zobowiązań podmiotów trzecich do udostępnienia K..... P..... potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że, zgodnie z punktem II.B specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawcy mieli wykazać się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należyta realizacją dostaw co najmniej trzech urządzeń do pozyskiwania azotu z powietrza atmosferycznego do zwalczania zagrożenia pożarowego i wybuchowego, tj. wytwornicy azotu o wydajności co najmniej 700 Nm³/h, w tym co najmniej jednego dostarczonego bezpośrednio do podziemnego zakładu górniczego wydobywającego węgiel kamienny.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 18 ustawy Prawo geologiczne i górnicze zakładem górniczym jest wyodrębniony technicznie i organizacyjnie zespół środków służących bezpośrednio do wykonywania działalności regulowanej tą ustawą w zakresie wydobywania kopalin ze złóż, a w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny wraz z pozostałym w związku technologicznym z wydobywaniem kopaliny przygotowaniem wydobytej kopaliny do sprzedaży, podziemnego bezzbiornikowego magazynowania substancji albo podziemnego składowania odpadów, w tym wyrobiska górnicze, obiekty budowlane, urządzenia oraz instalacje.

W związku z tym należało się wykazać co najmniej jedną dostawą zrealizowaną bezpośrednio do podziemnego zakładu górniczego wydobywającego węgiel kamienny, czyli kopalni. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazuje jednoznacznie, poprzez użycie słowa „bezpośrednio”, że podmiot prowadzący podziemny zakład górniczy wydobywający węgiel kamienny musiał być stroną umowy z wykonawcą, który dostarczał urządzenie.

Z załączonego do oferty wykazu dostaw wynika, że odbiorcami, tj. podmiotami, na zlecenie których K..... P..... dostarczył urządzenia, były Centrum Usług Specjalistycznych Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego CEN-RAT Sp. z o.o. w Bytomiu (poz. 1, 2, 4 i 5) oraz Centralna Stacja Ratownictwa Górniczego S.A. w Bytomiu (CSRG) dla poz. 3. Żaden z tych podmiotów nie jest podziemnym zakładem górniczym wydobywającym węgiel kamienny. Co prawda wykazane w wykazie dostaw generatory zostały dostarczone do podziemnego zakładu górniczego wydobywającego węgiel kamienny, jednak nie bezpośrednio przez K..... P....., bowiem KWK Knurów-Szczygłowice i KWK Bobrek-Centrum nie były w stosunku do K. P..... bezpośrednim zamawiającym, lecz dostawa odbywała się pośrednio na podstawie umów łączących K. Platę z CSRG i CEN-RAT oraz umów łączących CSRG i CEN-RAT z Kompanią Węglową S.A.

K. P..... jako podmiot, który działając na zlecenie CEN-RAT i CSRG dostarczał generatory azotu, miał świadomość, że dokumenty wystawione przez służby Kompanii Węglowej S.A. potwierdzające bezpośrednią dostawę do kopalni generatora są nierzetelne, gdyż nie zaistniał stan faktyczny, który uzasadniałby wystawienie takiego oświadczenia.

Ponadto

w oparciu o powyższe dokumenty wykonawca został dopuszczony do udziału w aukcji elektronicznej, co niewątpliwie może mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający w załączniku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt V wskazał, że oferowane przez wykonawcę urządzenie do pozyskiwania azotu nie może być prototypem. Określił ponadto m.in. następujące warunki techniczne dotyczące urządzenia do pozyskiwania azotu: wydajność nominalna min. 700 Nm³/h, podstawowe napięcie zasilania 500 V.

Z uwagi na utajnienie przez K. P..... dokumentacji technicznej odwołujący nie może wskazać, jakie konkretne parametry techniczne posiada to zaoferowane urządzenie.

Jednak z treści wykazu dostaw wynika, że jedynie dostawa wskazana w pozycji 1. dotyczyła membranowej wytwornicy azotu, tj. takiej, jaka ma zostać dostarczona w wyniku niniejszego postępowania. Pozostałe to wytwornice azotu wytworzone w odmiennej technologii PSA. Dodatkowo wytwornica wskazana przez K. P..... w punkcie 1. wykazu dostaw nie charakteryzuje się jednym z podstawowych parametrów technicznych, tj. posiadaniem napięcia zasilania 500 V. Dostosowanie generatora do zasilania napięciem 500 V wymaga zmiany głównego podzespołu, jakim jest sprężarka powietrza oraz kompletnej przebudowy sekcji zasilania urządzenia (generatora azotu) wraz z dodaniem transformatora zasilającego pozostałe podzespoły, co powoduje, że urządzenie staje się prototypem. Gdyby K. P..... wyprodukował wcześniej takie urządzenie, pewnie by je wskazał w wykazie dostaw. W takiej sytuacji należy przyjąć, że wykonawca nie wykazał, iż wytworzył już takie urządzenie, jakie zaoferował w niniejszym postępowaniu, co pozwala na przyjęcie, że jest to nieistniejący jeszcze model. W związku z powyższym zamawiający powinien wezwać K. P..... do wyjaśnienia, czy zaoferowany generator jest prototypem i zażądać potwierdzenia faktu wyprodukowania już tego typu generatora, a w przypadku potwierdzenia, że zaoferowany generator jest prototypem, powinien odrzucić ofertę K. P..... jako nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W wykazie dostaw K. P..... wskazał dostawę zrealizowaną na rzecz CSRG, nie potwierdził jej jednak żadnym dokumentem wskazującym, że dostawa tam wymieniona została wykonana należycie. Jedyne referencje wystawione przez CSRG dotyczą dostawy do KWK Borynia-Zofiówka Ruch Borynia, która jednak nie została ujęta w wykazie dostaw.

Ponadto z treści wykazu dostaw poz. 4. oraz załączonych referencji wynika, że dostawy w niej wskazane miały miejsce w roku 2012. Tymczasem oświadczenie Kompanii Węglowej S.A. mające potwierdzać wykonanie dostaw przez K. P..... wskazuje na realizację dostaw w roku 2011. W związku z powyższym zamawiający był zobowiązany do wezwania K. P..... do wyjaśnienia treści dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz do wezwania do uzupełnienia oferty o prawidłowe dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań w tym zakresie.

K. P..... załączył do swojej oferty zobowiązania do udostępnienia potencjału: A..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą As-Tech, M..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. Czemar-Serwis, G..... I..... i J..... M..... prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Mikom S.C. Zgodnie z art. 26 ust. 2b wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących

go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Wykonawca posługujący się potencjałem podmiotu trzeciego musi udowodnić, że rzeczywiście dysponuje potencjałem podmiotu trzeciego i równocześnie udowodnić, że zasoby podmiotu trzeciego będą faktycznie dostępne przez cały okres realizacji zamówienia. Nie jest więc wystarczające przedstawienie jakiegokolwiek dokumentu podmiotu trzeciego odwołującego się do woli udostępnienia jego zasobów, ale niezbędne jest przedstawienie dokumentów, których treść będzie wykazywać faktyczną dostępność tych zasobów na użytek wykonawcy w celu realizacji zamówienia. K. P..... wykazał co prawda, że został mu udostępniony potencjał podmiotów trzecich, nie wykazał jednak, na jaki okres ten potencjał został udostępniony. Takie ogólne zobowiązania nie pozwalają na przyjęcie, że K. P..... udowodnił, iż faktycznie przez cały okres realizacji zamówienia będzie mógł korzystać z potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia należących do podmiotów trzecich. Zamawiający był zobowiązany także w tym przypadku do wezwania K. P..... do uzupełnienia oferty o prawidłowe dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie.

W przypadku nieuwzględnienia zarzutu zaniechania wykluczenia K. P..... z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji, zamawiający jest zobowiązany do wezwania wykonawcy do wyjaśnienia załączonych dokumentów potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia oraz uzupełnienia w tym zakresie oferty o prawidłowe dokumenty potwierdzające, że K. P..... dostarczył co najmniej jedno urządzenie bezpośrednio do podziemnego zakładu górniczego wydobywającego węgiel kamienny.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Co do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia stwierdził, iż jego celem było wykazanie urządzenia, które jest używane w podziemnym zakładzie górniczym. Dostarczenie go bezpośrednio zostało potwierdzone przez wykonawcę, co wynika z referencji, zatem spełnienie tego warunku nie budzi wątpliwości. CEN-RAT i CSNG dostarczają urządzenia do zakładów górniczych, a nie wykorzystują ich przez siebie, nie mają też własnego potencjału produkcyjnego, dlatego mogą być jedynie pośrednikiem.

Co do poz. 3. i 4. wykazu dostaw, zamawiający zauważył omyłki, jednak nie brał ich pod uwagę ze względu na to, że pozostałe trzy pozycje spełniły jego warunek.

Co do prototypu stwierdził, iż samo zasilanie nie stanowi jeszcze o prototypie. Wykonawca złożył oświadczenie, że urządzenie nie jest prototypem, natomiast odwołujący nie wykazał, że jest to prototyp.

Zobowiązanie podmiotów trzecich nie jest ogólne, tylko do tego postępowania. Nie postawił warunku dotyczącego pracowników.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił K..... P..... oraz „Azis”-Mining Service Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny nie jest sporny pomiędzy stronami.

Co do zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się zarówno w zakresie wykazania doświadczenia w dostawie wytwornicy azotu bezpośrednio do podziemnego zakładu górniczego wydobywającego węgiel kamienny, jak i złożenia nieprawdziwych informacji.

Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu wykonawca miał wykazać wykonanie dostaw co najmniej trzech urządzeń do pozyskiwania azotu z powietrza atmosferycznego do zwalczania zagrożenia pożarowego i wybuchowego, tj. wytwornicy azotu o wydajności co najmniej 700 Nm³/h, w tym co najmniej jednego dostarczonego bezpośrednio do podziemnego zakładu górniczego wydobywającego węgiel kamienny.

Zdaniem Izby ze sformułowania: „jednego [urządzenia] dostarczonego bezpośrednio do podziemnego zakładu górniczego” jednoznacznie wynika, iż istotą tej części warunku było, aby miejscem dostawy był podziemny zakład górniczy (kopalnia), a nie to, aby umowa była zawarta bezpośrednio z kopalnią (czy też właściwie spółką, do której kopalnia należy). Jest to też logiczne, jeśli wziąć pod uwagę, że doświadczenie wykonawcy powinno się odnosić do realnych umiejętności w ewentualnym wyprodukowaniu, dostawie, montażu i uruchomieniu urządzenia, a nie kwestii formalnej, czy dany podmiot był stroną umowy, czy też podwykonawcą.

Z załączonego do wykazu dostaw oświadczenia Centrum Usług Specjalistycznych Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego CEN-RAT Sp. z o.o. wynika wprost, że firma K..... P..... dostarczyła kontenerowe wytwornice azotu bezpośrednio do KWK Knurów Szczygłowice,

KWK Pokój, KWK Bielszowice, KWK Bobrek-Centrum wraz z ich uruchomieniem, zatem sporna część warunku udziału w postępowaniu została wykazana. Aby udowodnić brak doświadczenia i złożenie nieprawdziwych informacji, odwołujący musiałby dowieść, że K..... P..... takiej dostawy do kopani nie wykonał.

Co do zarzutu dotyczącego prototypu, Izba uznała, że odwołujący nie dowiódł ani nawet nie uprawdopodobnił, że oferowane urządzenie jest prototypem. Bowiem nawet jeśli wcześniejsza dostawa takiego urządzenia nie została ujęta w przedstawionym zamawiającemu wykazie dostaw, nie jest równoznaczne z tym, że nie zostało ono dostarczone innemu odbiorcy. Poza tym fakt bycia prototypem lub nie, odnosi się do samego urządzenia jako takiego, a nie osoby dostawcy/wytwórcy. Zatem urządzenie przestaje być prototypem, nawet jeśli było produkowane lub dostarczane przez inny podmiot.

Co do niezgodności pomiędzy wykazem dostaw w poz. 3. i 4. i dokumentami mającymi potwierdzać ich należyte wykonanie, Izba stwierdziła, że wskazane rozbieżności istnieją: w poz. 3. wykazu K..... P..... wskazywał na dostawę do KWK Marcel, podczas gdy załączył referencje dotyczące KWK Borynia-Zofiówka.

Natomiast w poz. 4. figuruje dostawa do KWK Bobrek z 2012 r. W referencjach wystawionych przez Centrum Usług Specjalistycznych Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego CEN-RAT Sp. z o.o. również figuruje data 2012 r., natomiast wystawionych przez Kompanię Węglową S.A. rok 2011. Kwestię tę ewentualnie należałoby wyjaśnić – czy jest to błąd w którymś z dokumentów, czy też inne dostawy.

Natomiast ze względu na to, że K..... P..... w wykazie dostaw przedstawił pięć dostaw spełniających wymogi zamawiającego, przy wymaganych trzech dostawach, pozostałe pozycje wystarczają do stwierdzenia, że wykonawca spełnia postawiony warunek udziału w postępowaniu, więc – przy braku zastrzeżeń do pozostałych dostaw – wyjaśnienie czy uzupełnienie dokumentów nie jest konieczne.

Co do zarzutu odnoszącego się do treści oświadczeń przedsiębiorców deklarujących gotowość wypożyczenia swoich pracowników K..... P....., Izba stwierdziła, że zamawiający nie sformułował warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami i nie wymagał przedstawienia żadnych dokumentów w tym zakresie, a K..... P..... zamieścił sporne oświadczenia z własnej inicjatywy. Tym samym zamawiający nie ma powodów, by kwestionować treść tych oświadczeń czy wzywać do ich uzupełnienia.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....